

ПАО «Мегафон»

Вятская ул., д. 27, стр. 42,
г. Москва, 127015

ПАО «Сбербанк»

Вавилова ул., д. 19,
г. Москва, 117997

АО «СКЛ»

2-й Юнопортальный пр-д, д. 20А, стр. 4,
г. Москва, 115088

РЕШЕНИЕ

«20» апреля 2017 года г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-18-72/77-17, возбужденное по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> рекламы «Денис Николаевич! Позаботьтесь о Вашей будущей пенсии. Вы можете увеличить ее размер без дополнительных вложений, оформив договор на перевод пенсионных накоплений в НПФ Сбербанка в ближайшем отделении банка с паспортом и СНИЛС. Подробнее: 88005555550. ПАО «Сбербанк», поступившего 13.10.2016 в 12:40, отправитель 900 с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия

абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ПАО «Сбербанк» в лице <...> (по доверенности № 198-Д от 24.03.2016),

в отсутствие представителей АО «СКЛ», ПАО «Мегафон» (надлежащим образом уведомлены),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-72/77-17 возбуждено в отношении ПАО «Мегафон» ПАО «Сбербанк» АО «СКЛ» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы «Денис Николаевич! Позаботьтесь о Вашей будущей пенсии. Вы можете увеличить ее размер без дополнительных вложений, оформив договор на перевод пенсионных накоплений в НПФ Сбербанка в ближайшем отделении банка с паспортом и СНИЛС. Подробнее: 88005555550. ПАО «Сбербанк», поступившего 13.10.2016 в 12:40, отправитель 900.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «Мегафон» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027809169585, ИНН 7812014560, КПП 770601001.

ПАО «Сбербанк» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 16.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700132195, ИНН 7707083893, КПП 775001001.

АО «СКЛ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700225453, ИНН 77734198004, КПП 772301001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона < > подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также латентизированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем (вх. № 44444 от 17.10.2016).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является информация распространяемая любым способом в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003

№ 126 ФЗ «О связи» абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации: электросвязь — любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер лица, предполагается диспозитивной частью 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного СМС-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы присутствуют имя и отчество лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что обращение к абоненту в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

При этом случае направления посредством СМС-сообщения информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на

личное обращение в сообщении (упоминание имени и отчества абонента), представляет интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Резюмируя изложенное. Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе объектом рекламирования является товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация о возможности оформления договора на перевод пенсионных накоплений в НПФ Сбербанка, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом информация распространённая посредством отправки смс-сообщения на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределённому кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

ПАО «Сбербанк» АО «СКЛ» ПАО «МегаФон» не отрицают рекламный характер рассматриваемого смс-сообщения.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признаётся распространённой без предварительного согласия абонента или адресата если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо на чей телефон или адрес электронной почты поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно представленным материалам, абонент не давал своего согласия на получение рекламы. Более того, заявителем 13.07.2016 было направлено заявление в ПАО «Сбербанк» с просьбой прекратить распространение рекламы на телефонный номер <...>, что подтверждается копией данного заявления с пометкой о принятии его в отделении ПАО «Сбербанк».

В соответствии с пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Установлено, что реклама распространялась 13.10.2016, т. е. после отказа абонента от рекламной рассылки.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективных причинах невозможности выполнения требования заявителя о прекращении распространения на телефонный номер <...> информационных сообщений, в том числе рекламы ПАО «Сбербанк», в материалы дела не представлено.

ПАО «Сбербанк» не отрицает факт направления рассматриваемого заявления без согласия заявителя на получение рекламы от ПАО «Сбербанк».

Распространение рекламы по сетям электросвязи в отсутствие согласия абонента на ее распространение, а также после требования лица прекратить распространение рекламы является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение спорной рекламы на номер телефона < > от отправителя 900 с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатели.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Согласно материалам дела рассматриваемое смс-сообщение было направлено на основании следующих договоров:

- договор на информационно-технологическое обеспечение операций по банковским картам в открытых телекоммуникационных сетях № 36/СКЛ-01 от 18.09.2002, заключенный между ПАО «Сбербанк» и ЗАО «СмартКардЛинк» (АО «СКЛ») (далее — Договор 1);
- договор об оказании услуг связи № ФД-ГО-330/2016, заключенный между ПАО «Сбербанк» и ПАО «Мегафон» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 2.1 Договора 1 по Договору 1 АО «СКЛ» предоставляет ПАО «Сбербанк» услуги по обеспечению информационно - технологического взаимодействия между участниками расчетов в открытых телекоммуникационных сетях при проведении операций по банковским картам.

В соответствии с пунктом 1.1 Дополнительного соглашения № 26 к Договору 1 от 18.09.2002 АО «СКЛ» оказывает ПАО «Сбербанк» услуги по информационному и технологическому обеспечению проектов ПАО «Сбербанк» в открытых телекоммуникационных сетях, а именно: оказание услуг по приему АО «СКЛ» от ПАО «Сбербанк» сообщений информационного характера, их обработке и отправке пользователям sms-сообщений через sms-центры провайдеров.

Согласно пункту 1.5 Договора 1 под провайдером связи в открытых телекоммуникационных сетях (провайдер) понимается компания Интернет-провайдер или Провайдер мобильной связи.

При этом в соответствии с пунктом 2.3 Договора 1 услуги провайдера мобильной связи оплачиваются ПАО «Сбербанк» на основании отдельного договора.

В соответствии с приложениями Договора 1 АО «СКЛ» не оказывает ПАО «Сбербанк» услуги по распространению рекламной информации, а осуществляет деятельность по информационному и технологическому обеспечению проектов ПАО «Сбербанк».

Таким образом, в рамках настоящего дела не установлена причастность АО «СКЛ» к распространению рекламного сообщения.

Согласно пункту 1.1 Договора 2 в соответствии с Договором 2 и условиями ПАО «Мегафон» обязуется оказывать ПАО «Сбербанк» услуги связи, а также связанные с ними дополнительные услуги, а ПАО «Сбербанк» обязуется их оплачивать.

В соответствии с Договором 2 под абонентским устройством понимается находящееся в законном владении ПАО «Сбербанк» техническое средство, включая программное обеспечение, обеспечивающее ПАО «Сбербанк» доступ к услугам ПАО «Мегафон» посредством подключения данного оконечного устройства к сети связи

ПАО «Мегафон». Абонентское устройство должно содержать приложения (Абонентский интерфейс), с помощью которых осуществляется оказание услуг.

Пользователь — работник ПАО «Сбербанк» или иное лицо, фактически использующее абонентские устройства ПАО «Сбербанк», которому ПАО «Сбербанк» предоставил возможность пользоваться услугами. Действия пользователей по подключению, управлению, пользованию услугами, в том числе с использованием идентификаторов ПАО «Сбербанк», считаются действиями ПАО «Сбербанк».

Согласно пункту 3.2 Договора 1 ПАО «Сбербанк» обязуется передать АО «СКЛ» в безвозмездное пользование необходимое для работы аттестованное ПАО «Сбербанк» программное обеспечение.

В соответствии с Приложением № 1 к Договору 2 (далее — Приложение № 1) тарифный план ПАО «Сбербанк» – «Услуга по передаче SMS-сообщений от ПАО «Сбербанк» абонентам/пользователям услугами связи ПАО «Мегафон» и других операторов».

Согласно Приложению № 4 «условия оказания услуги по передаче sms-сообщений от ПАО «Сбербанк» абонентам/пользователям услугами связи ПАО «Мегафон» и других операторов» к Договору 2 (далее — Приложение № 4) рекламно-информационные материалы — это сообщения, направленные на информирование об услугах, товарах (объект рекламирования) ПАО «Сбербанк», или на привлечение внимания к объекту рекламирования, предоставляемые ПАО «Сбербанк», предназначенные на размещения посредством SMS-сообщений. В понятие рекламно-информационные сообщения включаются также сервисные, транзакционные и маркетинговые sms-сообщения.

В соответствии с Приложением № 4 под услугой понимается деятельность ПАО «Мегафон» по рассылке sms-сообщений, содержащих рекламно-информационные материалы ПАО «Сбербанк», от ПАО «Сбербанк» до оборудования связи ПАО «Мегафон», а также деятельность ПАО «Мегафон» по размещению рекламно-информационных материалов среди абонентов иных операторов связи России в канале коммуникации SMS.

Согласно пункту 5.3 Приложения № 4 ПАО «Мегафон» имеет право не принимать к размещению рекламно-информационные материалы, незамедлительно прекращать размещение рекламно-информационных материалов или ограничить возможность использования ПАО «Сбербанк» какой-либо индивидуальной подписи отправителя, в том числе если:

- рекламно-информационные материалы не соответствуют действительности, требованиям действующего законодательства Российской Федерации, внутренним стандартам ПАО «Мегафон», могут нести ущерб деловой репутации ПАО «Мегафон»;
- не получено либо отозвано согласие конечного получателя на получение рекламы.

Согласно пункту 5.10 Приложения № 4 ПАО «Сбербанк» до размещения рекламно-информационных сообщений среди конечных получателей из перечня абонентских номеров ПАО «Сбербанк» обязан получить согласие конечного получателя на получение рекламно-информационных материалов посредством sms-сообщений.

В соответствии с пунктом 5.11 Приложения № 4 использование ПАО «Сбербанк» для размещения рекламно-информационных материалов среди конечных получателей из перечня абонентских номеров ПАО «Сбербанк» означает наличие у ПАО «Сбербанк» согласия конечного получателя на получение рекламно-информационных материалов посредством sms-сообщений от ПАО «Сбербанк».

При этом согласно пункту 5.12 Приложения № 4 в случае размещения рекламно-информационных материалов среди конечных получателей из перечня абонентские номера ПАО «Сбербанк» ПАО «Сбербанк» обязан в течении 3 рабочих дней с момента получения требования ПАО «Мегафон» предоставить документальное подтверждение предварительного согласия конечного получателя на получение рекламно-информационных материалов посредством sms-сообщений от ПАО «Сбербанк».

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по непосредственному доведению смс-сообщений до их конечных получателей осуществлены лицами, участвующими в деле, а также то, что они были осведомлены относительно рекламного содержания передаваемых сообщений и о цели оказания ими соответствующих услуг, в данном случае имеются все основания считать ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» рекламодателями в понимании пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе.

Кроме того, исходя из положений договоров, следует, что субъекты приняли на себя обязанность по соблюдению требований законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе, при распространении рекламных сообщений, а также по осуществлению отправки сообщений только тем пользователям, которые выразили свое согласие на их получение.

В этой связи действия ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» противоречат ранее приведенным положениям договоров и, кроме того, не имеют правового значения, поскольку данные лица были осведомлены о цели использования предоставляемых ими услуг, а именно о рассылке смс-сообщений информационного и рекламного характера неопределенному кругу лиц.

Обратного ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламодателям.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Желание лиц, участвующих в деле, получать обусловленную договором плату за оказание услуг по передаче смс-сообщений рекламного характера и при этом избегать ответственности за нарушение законодательства о рекламе при их передаче представляет собой исключительное злоупотребление правом, которое в силу части 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не подлежит судебной защите.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации предпринимательская деятельность

направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы лица, не изъявившего желание получать рекламные сообщения.

В этой связи, заключив Договор 2, ПАО «Сбербанк» и ПАО «Мегафон» приняли на себя все обязательства по указанному договору (в том числе по направлению сообщений только лицам, изъявившим согласие на их получение) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и именно распространения рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в пунктах 37-42 Правил, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» нарушившим часть 1

статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...> рекламы «Денис Николаевич! Позаботьтесь о Вашей будущей пенсии. Вы можете увеличить ее размер без дополнительных вложений, оформив договор на перевод пенсионных накоплений в НПФ Сбербанка в ближайшем отделении банка с паспортом и СНИЛС. Подробнее: 88005555550. ПАО «Сбербанк», поступившего 13.10.2016 в 12:40, отправитель 900.

2. Прекратить производство по делу в отношении АО «СКЛ», в связи с неподтверждением в действиях АО «СКЛ» в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в настоящем случае.

3. Выдать ПАО «Сбербанк», ПАО «Мегафон» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме «__» мая 2017. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

<...>

Исполнитель: <...>

8 (495) 784-75-05. (Доб. <...>)